

# Bayerische Gleichheit

---

Alexander Thiele

2020-10-13T16:57:44

Über die vielfältigen und bisweilen erstaunlich innovativen staatlichen Maßnahmen zur Eindämmung der Corona-Pandemie der letzten Monate ist an dieser Stelle bereits viel geschrieben worden, und es steht zu vermuten, dass diese Entwicklung (entgegen manchen [anders lautenden Stimmen](#)) zu Recht noch einige Zeit weitergehen wird: Die juristische Einordnung liefert nicht nur wichtige und zeitnahe Impulse für die öffentliche Debatte, sondern auch Argumentationsmaterial für die mit diesen Maßnahmen befassten Gerichte. Es dürfte eben kein Zufall sein, dass die Gerichte anfangs (zu) zurückhaltend agierten und erst mit dem Aufkommen erster wissenschaftlicher Stimmen ihrem Kontrollauftrag gerade in der Krise angemessen nachkamen.

Zumeist ging es dabei erstens um die Frage der passenden bzw. existenten Rechtsgrundlage und zweitens um das Problem der Verhältnismäßigkeit. Während der erste Aspekt auch aufgrund der Anpassung normativer Vorgaben zunehmend etwas in den Hintergrund tritt, bleibt der zweite weiterhin und bei jeder Maßnahme virulent – was gewiss auch daran liegt, dass das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit selbst nach Jahrzehnten intensiver wissenschaftlicher und praktischer Bearbeitung weiterhin ein allenfalls zum Teil bestelltes Feld und damit umstritten bleibt.

Im Zusammenhang mit dem sog. (bayerischen) Beherbergungsverbot rückt nunmehr noch ein drittes verfassungsrechtliches Gebot in den Fokus, das in den meisten bisherigen Fällen eher am Rande gestreift wurde: Das Gebot der Gleichbehandlung bzw. der allgemeine Gleichheitssatz. Verfassungsrechtlich spannend ist diese Entwicklung vor allem deshalb, weil mit den wenigen Worten des Art. 3 Abs. 1 GG zwar ein fundamentales Gerechtigkeitsprinzip adressiert wird, in der Wissenschaft aber bis heute mit Ferdinand Wollenschläger „kein Konsens hinsichtlich Struktur, Bedeutung und Gehalt des Art. 3 Abs. 1 GG besteht“ (v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3, RNr. 58). Prinzipielle Einigkeit besteht insoweit allein darüber, dass der allgemeine Gleichheitssatz ungerechtfertigten Ungleichbehandlungen entgegensteht. Darüber hinaus ist aber beinahe alles umstritten, etwa wann eine relevante Ungleichbehandlung vorliegt, aber vor allem auch, welche Anforderungen an eine Rechtfertigung zu stellen sind und inwieweit an dieser Stelle (ggf. modifiziert) auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zurückgegriffen werden kann. Unbestritten dürfte allein sein, dass eine Examensklausur, die den allgemeinen Gleichheitssatz zum Gegenstand hat, mehr als gefürchtet ist – bei ExamenskandidatInnen ebenso wie bei PrüferInnen.

## Was ist passiert?

Die Ausgestaltung des bayerischen coronabedingten Beherbergungsverbots bietet nunmehr einen willkommenen Anlass, sich mit diesen Fragen noch einmal aus einer ganz praktischen Perspektive zu beschäftigen.

Angesichts steigender Coronazahlen hat das bayerische Staatsministerium für Gesundheit am 1. Oktober die „Siebte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung“ erlassen. Neben den bekannten AHA-Regelungen findet sich in § 14 eine Bestimmung zur „Beherbergung“. Nach dessen Absatz 2 kann das Staatsministerium Landkreise, Gemeinden oder abgegrenzte Gemeindeteile innerhalb Deutschlands bekanntgeben, bei denen ein erhöhtes Risiko für eine Infektion besteht. Hotels und Beherbergungsbetriebe dürfen dann keine Gäste aufnehmen, die aus einem solchen Gebiet einreisen oder dort ihren Wohnsitz haben (mit Ausnahmen, die hier nicht thematisiert werden sollen). Die gleichheitsrechtliche Dimension wird schnell deutlich: Personen aus Risikogebieten werden ungleich behandelt wie solche, die aus (vermeintlich) sicheren Gebieten kommen. Diese Unterscheidung muss sich vor dem Hintergrund des allgemeinen Gleichheitssatzes rechtfertigen lassen, denn natürlich ist auch der Verordnungsgeber bei der Ausgestaltung der Maßnahmen an Art. 3 Abs. 1 GG gebunden (die Bindung des Gesetzgebers ist heute und anders als noch in Weimarer Zeiten allgemein anerkannt).

Damit fangen die Probleme freilich erst an. Denn die Maßstäbe der Rechtfertigung sind – wie bereits angedeutet – in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Das Bundesverfassungsgericht entnimmt Art. 3 Abs. 1 das Gebot „Gleiches gleich, Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden“ und entsprechend „weder wesentlich Gleiches willkürlich ungleich, noch wesentlich Ungleiches willkürlich gleich“ zu behandeln. Das führt unmittelbar zur sog. Willkürformel, die für die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung lediglich einen sachlichen Grund verlangt und damit zum Ausdruck bringt, dass sich dem Art. 3 Abs. 1 GG keine prinzipielle Wertung zugunsten einer Gleichbehandlung entnehmen lässt. Anders gewendet: Art. 3 Abs. 1 GG wertet nicht, sondern verlangt Gründe. Das hat etwas von einer Leerformel, außerdem kann es ja durchaus Ungleichbehandlungen unterschiedlicher Intensität geben. Deshalb ging das Bundesverfassungsgericht in den 80er Jahren zur sog. „neuen Formel“ über, nach der das Gleichheitsgebot verletzt war, „wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.“ Anders als vorher reichte nunmehr nicht mehr irgendein sachlicher Grund zur Rechtfertigung aus; dieser musste vielmehr in einem angemessenen Verhältnis zur Ungleichbehandlung stehen. Die Kontrolldichte wurde freilich schon zuvor je nach betroffenem Sachgebiet abgestuft, die vermeintlich binäre Einteilung nach Willkür- oder neuer Formel ließ sich in der Rechtsprechung denn auch nicht wirklich nachweisen. Mittlerweile greifen daher beide Senate auf die sog. „Stufenlos-Formel“ zurück: „Dabei gilt ein stufenloser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen.“ Auch die seit jeher problematische Unterscheidung zwischen personen- und sachbezogener Ungleichbehandlung, die für die Strenge der Prüfung maßgeblich sein sollte, spielt damit keine besondere Rolle mehr. Maßstabsschärfend wirken sich vielmehr vor allem die folgenden drei Kriterien aus: Erstens die parallele Betroffenheit in besonderen Grundrechten, die Nähe des Differenzierungskriteriums zu den in Art.

3 Abs. 2 und 3 GG genannten und verpönten Merkmalen und die Beeinflussbarkeit des Differenzierungskriteriums durch die Betroffenen.

## Ein strengerer Maßstab

Was heißt das für unseren bayerischen Fall? Von den drei maßstabsschärfenden Kriterien wird man zumindest zwei für einschlägig halten müssen: Erstens sind hier zahlreiche besondere Freiheitsrechte betroffen: Die Freizügigkeit nach Art. 11 GG, darüber hinaus aber auch die Berufsfreiheit (für Reisende wie Hoteliers) und je nach Konstellation möglicherweise noch weitere Grundrechte. Auch ist zumindest der Wohnsitz zwangsläufig nur begrenzt beeinflussbar, jedenfalls kurzfristige Umzüge sind naturgemäß ausgeschlossen. Insgesamt wird man an den sachlichen Grund im vorliegenden Fall daher eher strengere Maßstäbe ansetzen müssen.

Konkrete Gründe gibt die Staatsregierung in ihrer Verordnung zwar nicht an, aber es dürfte nicht zu bezweifeln sein, dass sie damit einer unkontrollierten Ausbreitung des Virus entgegenwirken und Gesundheitsschutz betreiben will. Prinzipiell wird man diesen Grund auch für die Differenzierung nach solchen „Hot Spots“ anerkennen können. Allerdings gilt eben nicht nur der Willkür-, sondern ein strengerer Maßstab, der häufig mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gleichgesetzt wird. Auch wenn das Bundesverfassungsgericht dessen Geltung in diesem Bereich immer wieder betont, sind die Fälle, in denen tatsächlich eine solche Prüfung durchgeführt wird, selten und finden sich, wenn überhaupt, meist im Steuerrecht. Das hängt damit zusammen, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für den allgemeinen Gleichheitssatz aus dogmatischen Gründen nicht wirklich passt – ein Problem, auf das hier nicht näher eingegangen werden kann. Der strengere Maßstab läuft daher vor allem darauf hinaus, dass genauer hingeschaut wird, wie plausibel und nachvollziehbar der Gesetzgeber begründet, dass seine Regelung erreicht, was sie bezweckt. Das Differenzierungskriterium muss vor dem Hintergrund des angestrebten Zwecks – hier Verhinderung der Ausbreitung des Virus – mithin nicht nur vordergründig plausibel, sondern auch durch wissenschaftliche Evidenz belegt sein. Dass es eines solchen Zusammenhangs auch für Art. 3 Abs. 1 GG generell bedarf zeigt folgende Kontrollüberlegung: Wäre es denkbar, dass die Staatsregierung die Beherbergung untersagt, weil man einen roten Pullover trägt? Die Antwort ist natürlich nein, eben weil die Kleidung nichts über die Ausbreitungsgefahr sagt.

Im Ergebnis wird man die Regelung des § 14 Abs. 2 der Verordnung vor diesem Hintergrund für sich genommen dennoch als gerechtfertigt ansehen können. Zwar haben EpidemiologInnen beachtliche Zweifel angemeldet, dass das innerdeutsche Reisen aktuell eine signifikante Auswirkung auf die Ausbreitung des Virus hat. Aber § 14 Abs. 2 der Verordnung differenziert selbst noch gar nicht zwischen bestimmten Gebieten, sondern dies geschieht erst durch das Gesundheitsministerium durch eine weitere Bekanntmachung. Für die gleichheitsrechtliche Rechtfertigung des § 14 Abs. 2 der Verordnung reicht es damit aber aus, dass es aus epidemiologischer Sicht jedenfalls Konstellationen geben kann, in denen eine solche (erhebliche) Auswirkung durch das innerdeutsche Reisen nicht ausgeschlossen ist. Das dürfte wiederum

kaum jemand bestreiten wollen – man denke etwa an einen Stadtteil, in dem die Infektionsquote exorbitant und sehr plötzlich angestiegen ist.

## Kein Risikogebiet in Bayern?

Damit ist das Gleichheitsproblem allerdings noch nicht gelöst, sondern nur verschoben. Der Rechtfertigungsblick wandert mithin auf die vom bayerischen Gesundheitsministerium erstellte konkrete Liste an Gebieten, die als Risikogebiet angesehen werden. Vor dem Hintergrund des Vorstehenden wird man aus Gleichheitsgesichtspunkten zweierlei verlangen müssen: Erstens müssen die genannten Gebiete nach nachvollziehbaren Kriterien ermittelt werden, die einen entsprechenden (und ausreichenden) Zusammenhang zwischen Ausbreitung und Aufenthaltsort nahelegen. Zweitens müssen sämtliche Gebiete aufgeführt werden, die diesen Kriterien genügen; Ausnahmen sind zwar nicht ausgeschlossen, bedürften aber ihrerseits wiederum einer nachvollziehbaren Begründung. In keinem Fall wäre eine Differenzierung nach Bundesländern zu rechtfertigen, da diese in keinem Zusammenhang zum angestrebten Zweck der Ungleichbehandlung stünde.

Schaut man sich die vom Gesundheitsministerium veröffentlichte Liste an, so ist es fraglich, ob sie diesen beiden Kriterien genügt. In der Bekanntmachung vom 7. Oktober, die bis zum Ablauf des 14. Oktober gilt, sind folgende Gebiete aufgelistet: Hamm, Remscheid, Berlin Mitte, Berlin Neukölln, Berlin Tempelhof-Schöneberg, Berlin Friedrichshain-Kreuzberg, Stadt Bremen. Die Kriterien, nach denen diese Liste erstellt wurde, werden nicht genannt. Es liegt allerdings nahe anzunehmen, dass sich das Ministerium an der vom RKI veröffentlichten Liste zur Corona-Aktivität orientiert hat. Für den 7. Oktober finden sich denn auch alle genannten Gebiete auch auf der Liste des RKI. Was allerdings auffällt ist zunächst, dass einige der Gebiete, die nach der RKI-Liste stärker betroffen sind, in der Liste des Gesundheitsministeriums nicht auftauchen. Das gilt etwa für den Landkreis Vechta, Offenbach, Solingen, Hagen und insbesondere Frankfurt am Main. Bremen jedenfalls hatte am 7. Oktober eine geringere Corona-Aktivität als diese Gebiete. Sollte sich die Liste des Gesundheitsministeriums mithin an der Corona-Aktivität orientieren – und was sollte andernfalls das Kriterium sein? – ließe sich die Ausnahme dieser stärker betroffenen Gebiete vor dem Hintergrund des Art. 3 Abs. 1 GG nicht rechtfertigen. Darüber hinaus ist generell festzustellen, dass in keinem der aufgeführten Gebiete bisher eine Corona-Aktivität vorherrscht, die nach Ansicht der EpidemiologInnen dazu führt, dass die Ausbreitungsgefahr im Falle eines innerdeutschen Reiseverkehrs signifikant anstiege. Auch vor diesem Hintergrund erscheint die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung daher jedenfalls problematisch.

Schließlich fällt ein Aspekt auf, der vor allem in den Medien schnell thematisiert wurde: In der Liste findet sich bisher kein Gebiet aus Bayern. Eine Differenzierung nach Bundesländern wäre normativ nicht haltbar, sie ist in der Regelung des § 14 der Verordnung auch nicht angelegt. Inwieweit es für das Gesundheitsministerium mitentscheidend war, ob das betreffende Gebiet in Bayern liegt oder nicht, ist nicht klar. Am 7. Oktober fanden sich durchaus bereits Gebiete in Bayern, die eine erhöhte Corona-Aktivität aufwiesen – sie waren allerdings sämtlich (noch) weniger

stark betroffen als Bremen. Insofern könnte es sich durchaus um eine stringente Anwendung der eigenen Kriterien handeln, die daher für sich genommen vor Art. 3 Abs. 1 GG durchaus Bestand haben könnte. Angesichts neuerer Entwicklungen müsste eine neue Liste des Gesundheitsministeriums – die alte läuft am 14. Oktober aus – allerdings gewiss auch bayerische Gebiete enthalten. Bayern ist nicht gleicher als andere bundesdeutsche Gebiete und darf es selbst aus Sicht des bayerischen Gesundheitsministeriums nicht sein. Auf die Ausgestaltung der neuen Liste (ob es eine geben wird, dürfte auch von der morgigen bundesweiten Abstimmung abhängen) darf man daher gespannt sein.

*Anm. d. Red.: Aufgrund eines Redaktionsversehens hieß es in einer früheren Version "Konkrete Gründe gibt die Staatsregierung in ihrer Verordnung zwar nicht an, aber es dürfte zu bezweifeln sein, dass sie damit einer unkontrollierten Ausbreitung des Virus entgegenwirken und Gesundheitsschutz betreiben will." Der Fehler wurde korrigiert.*

